

7. März 2022

## Umsatzsteuerbefreiung bei Wagniskapitalfonds

### Entwurf zur Ergänzung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses

Durch das sog. [Fondsstandortgesetz](#) wurde bereits mit Wirkung vom 1. Juli 2021 das Umsatzsteuergesetz (UStG) um eine Steuerbefreiung für die Verwaltung von Wagniskapitalfonds ergänzt. Bislang war jedoch weitgehend unklar, wie die Finanzverwaltung den nicht gesetzlich definierten Begriff des „Wagniskapitalfonds“ auslegt und welche Fonds von der neuen Umsatzsteuerbefreiung erfasst sein sollen.

Inzwischen wurde ein Entwurf des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) zur lang erwarteten Ergänzung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses bekannt. Wir fassen für Sie die wesentlichen Erkenntnisse zum Begriff des „Wagniskapitalfonds“ aus diesem Entwurf im Folgenden zusammen.

## VAT Exemption for Venture Capital Funds

### Draft supplement to the German VAT Regulations

The so-called [Act to Strengthen Germany as a Fund Jurisdiction](#) added an exemption to the German VAT Act from VAT for management services rendered to “venture capital funds” (*Wagniskapitalfonds*) with effect from 1 July 2021. To date, however, it has been largely unclear how the tax authorities interpret the term “venture capital fund” (*Wagniskapitalfonds*), which is not defined by law, and what type of funds are to be covered by this new VAT exemption.

Now, the Federal Ministry of Finance (BMF) has published a draft of the long-awaited supplement to the German VAT Regulations. Below we summarize material points regarding the definition of the term “venture capital funds” from the draft regulations.

### ZUSAMMENFASSUNG

- Die Finanzverwaltung versteht als Wagniskapitalfonds insbesondere Private Equity oder Venture Capital Fonds, die mehrheitlich in junge KMU (kleine oder mittlere Unternehmen) mit Sitz innerhalb der EU oder des EWR in frühen Phasen investieren (*Seed, Early, Expansion Stage*).

### SUMMARY

- The tax authorities consider “venture capital funds” (*Wagniskapitalfonds*) to be, in particular, private equity or venture capital funds that invest predominantly in young SMEs (small or medium-sized enterprises) based within the EU or the EEA in the early stages (*seed, early, expansion stage*).

- Unter diesen Voraussetzungen sollen insbesondere EuVECA-Fonds als Wagniskapitalfonds zu qualifizieren sein. Bei Spezial-AIF sollen im Einzelfall gleiche Wettbewerbsbedingungen wie bei OGAW (Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren) und eine besondere staatliche Aufsicht nachgewiesen werden.
- Die Verwaltung von anderen AIF, die nicht in Wagniskapital investieren, soll umsatzsteuerpflichtig bleiben. Die insoweit weiterhin restriktive Auffassung der Finanzverwaltung ist unionsrechtlich bedenklich und führt dazu, dass Standortnachteile für den Fondsstandort Deutschland weiter bestehen bleiben.
- Under these conditions, in particular EuVECA funds should qualify as “venture capital funds”. Special funds (*Spezial-AIF*) must demonstrate that they compete with UCITS (undertakings for collective investment in transferable securities) and are subject to special governmental supervision to qualify as “venture capital funds”.
- The management of AIFs that do not invest in venture capital is still subject to VAT. The narrow view of the German tax authorities in this respect is questionable under EU law and results in Germany remaining a disadvantageous location for investment funds.

Gemäß § 4 Nr. 8 Buchst. h Var. 3 UStG ist die Verwaltung von Wagniskapitalfonds von der Umsatzsteuer befreit. Vor Einführung dieser Regelung war nach nationaler Rechtslage nur die Verwaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) und mit diesen vergleichbaren alternativen Investmentfonds (AIF) umsatzsteuerbefreit.

According to § 4 No. 8 lit. h var. 3 of the German VAT Act, management services rendered to “venture capital funds” are exempt from VAT. Prior to the introduction of this provision, the VAT exemption under domestic law was only applicable to management services rendered to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) and alternative investment funds (AIF) that resemble UCITS.

Der deutsche Gesetzgeber hatte erkannt, dass sich diese – im internationalen Vergleich sehr restriktive – Regelung als entscheidender Standortnachteil gegenüber anderen europäischen Staaten darstellt. So ist beispielsweise in Luxemburg die Verwaltung von sämtlichen offenen und geschlossenen Fonds umsatzsteuerfrei (Art. 44 Nr. 1 Buchst. d des luxemburgischen Umsatzsteuergesetzes). Mit dem Ziel der Beseitigung dieses Standortnachteils für Deutschland wurde die Umsatzsteuerbefreiung für die Verwaltung von Wagniskapitalfonds geschaffen.

The German legislature recognized that this provision – which is very restrictive in the international context – represents a substantial disadvantage for Germany compared to other European countries. For example, in Luxembourg management services rendered to all types of open-ended and closed-ended funds are exempt from VAT (Art. 44 No. 1 lit. d of the Luxembourg VAT Act). The VAT exemption for management services rendered to “venture capital funds” was created with the objective of eliminating this disadvantage for Germany.

Der Entwurf des BMF sieht vor, dass als Wagniskapitalfonds in diesem Sinn bestimmte AIF, insbesondere (aber nicht ausschließlich) „qualifizierte Risikokapitalfonds“ im Sinne der EuVECA-Verordnung (EuVECA-Fonds), an-

The draft of the Federal Ministry of Finance provides that certain AIF, in particular (but not exclusively) “qualifying venture capital funds” within the meaning of the EuVECA Regulation (EuVECA funds), are to be regarded as “venture capital funds” under the new law.

zusehen sind. Voraussetzung der Umsatzsteuerbefreiung soll jedoch sein, dass der betreffende AIF die folgenden Kriterien erfüllt:

1. Der AIF muss **zu mehr als 50 %** in junge, innovative Wachstumsunternehmen (Zielunternehmen) investieren, die die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllen:
  - a. zum Zeitpunkt der ersten Wagniskapitalbeteiligung **nicht älter als 12 Jahre** seit Unternehmensgründung (*Seed Stage, Early Stage, Expansion Stage*);
  - b. zum Zeitpunkt der ersten Wagniskapitalfinanzierung als kleines oder mittleres Unternehmen (**KMU**) zu qualifizieren (Begriff gemäß Empfehlungen der EU-Kommission);
  - c. **Sitz** in der Europäischen Union (**EU**) oder im Europäischen Wirtschaftsraum (**EWR**) – nach unserer Beurteilung kann auch hierfür nur der Zeitpunkt der ersten Wagniskapitalfinanzierung maßgeblich sein (d. h. nachträgliche Sitzwechsel sollten unschädlich sein);
  - d. fortlaufend wirtschaftlich (mit **Gewinnerzielungsabsicht**) aktiv.

Unschädlich für die Qualifikation eines AIF als Wagniskapitalfonds ist es demnach, wenn der AIF im Übrigen (aber zu weniger als 50 %) in Zielunternehmen investiert ist, welche die vorstehenden Voraussetzungen (a bis d) nicht erfüllen.

Die konkrete Form der „Wagniskapitalfinanzierung“ bzw. „Wagniskapitalbeteiligung“ wird nicht explizit vorgeschrieben. Insbesondere sind keine ausdrücklichen Begrenzungen auf Eigenkapital- und eigenkapitalähnliche Instrumente vorgesehen. Neben Private Equity (PE) und Venture Capital (VC) Fonds könnten daher

However, to benefit from the VAT exemption an AIF must satisfy the following criteria:

1. The AIF must invest **more than 50%** in young, innovative growth companies (target companies) that meet the following requirements:
  - a. at the time of the first venture capital investment, **no more than 12 years** of establishment of the company (*seed stage, early stage, expansion stage*);
  - b. qualify as a small or medium-sized enterprise (**SME**) (as such term is defined under the EU Commission recommendations) at the time of the first venture capital financing;
  - c. **registered office** in the European Union (**EU**) or in the European Economic Area (**EEA**) – in our view this must be satisfied at the time of the first venture capital financing as well (i.e. subsequent changes of registered office should not be detrimental);
  - d. ongoing economic activities (with the **intention of making a profit**).

It follows that it is not detrimental to the qualification of an AIF as a “venture capital fund” if the AIF invests less than 50% in target enterprises which do not satisfy the above requirements (a through d above).

The draft does not specify the type of “venture capital financing” or “venture capital participation”. In particular, there is no explicit limitation to equity and equity-related instruments. In addition to private equity (PE) and venture capital (VC) funds, certain debt funds (especially so-called venture debt funds) could also be covered in our view.

nach unserem Verständnis z. B. auch bestimmte Kreditfonds (insbesondere sog. Venture Debt Fonds) erfasst sein.

2. Wagniskapitalfonds streben nach dem Verständnis des BMF durch „Risiko tragende Finanzierungen regelmäßig nach Erreichen des durch die Finanzierung beabsichtigten Zwecks auf einen erheblichen Wertzuwachs des Zielunternehmens ab, der zum Zeitpunkt des Ausstiegs des Fonds maßgeblich dessen Investitionsertrag bestimmt“.

Damit wird insbesondere der typische PE/VC Fonds beschrieben, der Wertzuwächse in Bezug auf seine Zielunternehmen durch Veräußerung mittel- bis langfristig gehaltener Anlagen realisiert.

Aber auch andere Fonds wie z. B. Kreditfonds streben einen erheblichen Wertzuwachs des Zielunternehmens an, an denen diese Fonds z. B. über gewinn- oder umsatzabhängige Zinskomponenten partizipieren können.

Mit der Typusbeschreibung nach dieser Ziffer 2 dürfte das BMF den Tatbestand des Wagniskapitalfonds letztlich nicht zusätzlich einschränken wollen.

3. Das Kapital des AIF kann direkt oder indirekt in die Zielunternehmen fließen.

Damit dürfte lediglich klargestellt werden, dass eine Zwischenschaltung von Akquisitions-/Holdinggesellschaften, die nicht die Voraussetzungen der vorstehenden Ziffer 1. a bis d erfüllen, für die Qualifikation als Wagniskapitalfonds unschädlich ist.

4. Der AIF muss den gleichen Wettbewerbsbedingungen wie OGAW unterliegen und einer besonderen staatlichen Aufsicht (z. B. der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) unterstehen oder als

2. According to the German Federal Ministry of Finance, “venture capital funds” aim to achieve “a significant increase in the value of the target company by way of risk-bearing financing after the intended purpose of such financing has been reached, which at the time of the fund’s exit materially determines its investment return”.

In particular, this describes the typical PE/VC fund that realizes an increase in value in relation to its target companies by selling investments held in the medium to long term.

However, other funds, such as credit funds, also aim to achieve a significant increase in the value of target company in which these funds typically participate by way of profit-participating or turnover-participating interest components.

The description in item 2 above should not be regarded as a restriction by the German Federal Ministry of Finance of the definition of the term “venture capital fund”.

3. The capital of the AIF can flow directly or indirectly into the target companies.

This should simply clarify that an interposition of acquisition/holding companies which do not fulfil the above requirements (1. a through d above) does not jeopardize a qualification as a “venture capital fund”.

4. The AIF must compete with UCITS and be subject to special governmental supervision (e.g. by the German Federal Financial Supervisory Authority BaFin) or be registered as a “qualifying venture capital fund” under the EuVECA Regulation.

„qualifizierter Risikokapitalfonds“ nach der EuVECA-Verordnung registriert sein.

Die Finanzverwaltung geht also bei EuVECA-Fonds offenkundig davon aus, dass diese gleichen Wettbewerbsbedingungen und einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen, wohingegen andere AIF wie Spezial-AIF diese Kriterien nachweisen sollen. Nach unserer Beurteilung unterliegen insbesondere auch gemäß § 2 Abs. 4 KAGB registrierte Kapitalverwaltungsgesellschaften (sog. „kleine“ Spezial-AIFM) *per se* einer besonderen staatlichen Aufsicht. Das Erfordernis gesonderter Nachweise wäre verfehlt.

Ein mit OGAW vergleichbarer Anlegerkreis (Kleinanleger) wird darüber hinaus nicht gefordert.

5. Der Unternehmer (d. h. die Verwaltungsgesellschaft) muss das Vorliegen der vorstehenden Voraussetzungen durch geeignete Belege (insbesondere anhand der vertraglichen Anlagebedingungen) gegenüber der Finanzbehörde nachweisen.

Zur Nachweisvorsorge empfiehlt sich die Berücksichtigung der genannten Kriterien bereits bei der Abfassung der Fondsdokumentation (d. h. insbesondere ausdrückliche Regelungen in Gesellschaftsverträgen und Emissionsdokumenten).

Wagniskapitalfonds sollen nach Auffassung des BMF also primär bestimmte, in frühen Phasen investierende PE/VC Fonds und möglicherweise Venture Debt Fonds sein. AIF mit anderen Anlagestrategien (z. B. in späten Phasen investierende PE Fonds, Immobilienfonds, Infrastrukturfonds, Prozessfinanzierungsfonds usw.) bleiben leider außen vor. Bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Fondsstandortgesetz wurde dies mit europarechtlichen Bedenken des BMF gegen eine weitere Ausdehnung der Umsatzsteuerbefreiung auf sämtliche AIF begründet.

The German tax authorities apparently assume that EuVECA funds compete with UCITS and are subject to special governmental supervision, whereas other AIFs such as special AIFs should demonstrate that these criteria are met. In our view, AIFMs registered pursuant to § 2 para. 4 of the German Capital Investment Code (so-called “sub-threshold” managers) are *per se* subject to special governmental supervision. A requirement to provide specific evidence on a case-by-case basis would seem incorrect.

A group of investors comparable to UCITS (retail investors) is not required.

5. The taxable person for VAT purposes (i.e. the management company) must demonstrate to the tax authorities that the aforementioned requirements are met by means of suitable documentation (in particular binding investment restrictions).

As a precautionary measure, it is advisable to take the aforementioned criteria into account when drafting the fund documentation (i.e. in particular explicit restrictions in limited partnership agreements and offering memoranda).

According to the German Federal Ministry of Finance, “venture capital funds” should therefore primarily be certain PE/VC funds investing in early stages and possibly venture debt funds. AIFs with other investment strategies (e.g. PE funds investing in later stages, real estate funds, infrastructure funds, litigation finance funds, etc.) are unfortunately not covered. Already during the legislative process the German Federal Ministry of Finance argued against an extension of the VAT exemption to rendering management services to all AIFs, basing this position on concerns under European law.

Diese Bedenken des BMF sind nach unserer Beurteilung nicht nachvollziehbar. Unionsrechtlich bedenklich ist vielmehr die Ungleichbehandlung anderer AIF. Sämtliche dieser AIF unterscheiden sich lediglich in Bezug auf den jeweiligen Anlagegegenstand, der nach der Rechtsprechung des EuGH zur unionsrechtlichen Grundlage der Umsatzsteuerbefreiung (Art. 135 Abs. 1 Buchst. g der Mehrwertsteuersystemrichtlinie) jedoch nicht maßgeblich und daher unseres Erachtens kein legitimes Differenzierungskriterium ist. Zudem dürfte die Anknüpfung der Umsatzsteuerbefreiung an das Erfordernis einer mehrheitlichen Anlage eines AIF in bestimmte Zielunternehmen in Grenzfällen unzweckmäßig sein und zu Zweifelsfragen führen. Gegen eine dennoch erfolgende Erhebung von Umsatzsteuer bleibt betroffenen AIF bzw. Kapitalverwaltungsgesellschaften aktuell leider weiterhin oftmals nur der Weg über Rechtsbehelfsverfahren.

Soll das Ziel des Fondsstandortgesetzes, eine Beseitigung von Standortnachteilen für Deutschland, tatsächlich erreicht werden, ist eine Erweiterung der Umsatzsteuerbefreiung in § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG auf die Verwaltung sämtlicher geschlossener AIF zwingend erforderlich.

Für weitergehende Informationen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

In our view, these concerns of the German Federal Ministry of Finance are not justified. Instead, the different treatment of other AIFs is itself questionable under European law. These AIFs differ only with regard to the respective object of investment, which, according to the case law of the ECJ on the legal basis of the VAT exemption (Art. 135 para. 1 lit. g of the VAT Directive), is not decisive and therefore, in our estimation, not a legitimate criterion for differentiation. Moreover, the requirement that a “venture capital fund” must invest more than 50% into certain eligible target companies is inappropriate and may lead to ambiguities in certain borderline cases. Unfortunately, often the only option for AIFs and their management companies that do not satisfy the criteria set forth above and which receive adverse tax assessments remains to bring legal challenges.

To truly achieve the objective of the Act to Strengthen Germany as a Fund Jurisdiction, namely to eliminate Germany’s disadvantages as a fund jurisdiction, it is necessary to extend the VAT exemption in § 4 no. 8 lit. h of the German VAT Act to rendering management services to all closed-ended AIFs.

Please do not hesitate to contact us for further information.

## AUTOREN

<b>Dr. André Blischke</b>	Telefon	<a href="tel:+49(69)24704779">+49 (69) 247 047 79</a>
	E-Mail	<a href="mailto:Andre.Blischke@pplaw.com">Andre.Blischke@pplaw.com</a>
<b>Ronald Buge</b>	Telefon	<a href="tel:+49(30)25353120">+49 (30) 253 53 120</a>
	E-Mail	<a href="mailto:ronald.buge@pplaw.com">ronald.buge@pplaw.com</a>
<b>Dr. Peter Bujotzek</b>	Telefon	<a href="tel:+49(69)24704772">+49 (69) 247 047 72</a>
	E-Mail	<a href="mailto:Peter.Bujotzek@pplaw.com">Peter.Bujotzek@pplaw.com</a>
<b>Uwe Bärenz</b>	Telefon	<a href="tel:+49(30)25353122">+49 (30) 253 53 122</a>
	E-Mail	<a href="mailto:uwe.baerenz@pplaw.com">uwe.baerenz@pplaw.com</a>